4

De este asumpto ai otra Alegacion, que esta colocada la ultima en orden de este Tomo.



RESPONDE DON JOSEPH DE BARCARCEL A EL Memorial, y defenſa de Don Juan Matheo Pogio, y Doña Ana de Balcarcel, ſu muger, en el Pleito ſobre la poſſeſ-ſion de el Vinculo, que fundò Doña Beatriz de Balcarcel.

Por proemio de la defenſa de Doña Ana, ſe notan, en el hecho relacionado en el primer Memorial de Don Joſeph, algunas circunſtancias, con que no ſe conforma, y en el progreſſo de eſta reſpueſta quedaràn evaquadas, y comprobado lo veridico de la narrativa de el hecho, y ſus circunſtancias.

de Conditione Mayoratus, ut possesor nubat cum femina de familia et econtra = de sponsalibus inter consanguineos.

PUNTO I.

1. POR PRINCIPAL CIMIENTO DE la defenſa de Doña Ana, ſe dice por parte de eſta, al num. 3. ſe ha de tener, que no pudo licitamente ſepararſe de los Eſponſales, contrahidos con Don Juan Pogio, baxo de la condicion, ſi el Papa diſpenſare. Y las pruebas de eſta concluſion ſe reducen, à que no reſultan obligados los contrayentes en eſta forma con Eſponſales; ſino por una promeſſa ſimple: de la

qual,

qual, en opinion de algunos, no resulta obligacion tal, que no se puedan separar de ella qualquiera de los dos *invito altero.* Y en opinion de otros, quedan obligados à esperar la condicion; sin tener arbitrio, para separarse *invito altero*, de esta promessa. De esta ultima opinion fueron los PP. Sanc. y Lacroix, y otros, que cita la parte de Pogio, al num. 1. los que confiessan la probabilidad de la primera opinion, de la qual el P. Sanc. dice, *& vere est probabilis.* Con que todo el fundamental cimiento de la defensa de Doña Ana, consiste en una opinion, que aunque los Authores, que cita, la tubieron por mas probable, no negaron la probabilidad de la contraria: y los de esta con Gutierrez, y el Card. de Luc. citados al num. 26. de el primer Memorial, sino le niegan la probabilidad à la opinion segunda, la notan de no admitida en los Tribunales; y por consiguiente queda la conclusion de Don Juan Pogio, sin prueba. Ni se la dà la benignidad de la Santa Sede, en conceder dispensas de segundo grado de Consanguinidad: porque esto no hace habiles, antes de la dispensa, à los Consanguineos. Y Luc. de testam. y Add. à D. Moli. en los lugares citados por Don Juan Pogio, al num. 5. no hablan, de Esponsales entre Primos Hermanos contrahidos; sino de condicion puesta à uno de los dos en institucion de herencia, legado, ò fidei commisso, de casar con Consanguineo en segundo grado, que por la esperiencia de la benignidad con que el Papa, suele conceder dispensa de este impedimento, resuelven no ser imposible la condicion.

§. I.

2. LOS PP. Sanc. y Lacroix, y demàs citados por Don Juan Pogio al num. 6. no niegan, ser opinable, que los Esponsales de los impuberes, aunque sean jurados, quedan con la naturaleza de revocables, *adveniente pubertate*, y aun los de los puberes se pueden disolver con causa *Sanc. lib. 1. disp. 62. n.* 4. y si esto procede, quando no tienen impedimento de Consanguinidad, que es en los terminos, que hablan Sanchez y demàs Authores citados por Don Juan Pogio: Con mayor razon procederà, quando son Consanguineos en grado prohibido; pues el juramento sigue la naturaleza de el acto, à que se llega como con la *l. fin. cod. de non num. pec.* dixeron Sanc. y Lac. loc. cit. Y se comprueba, retorciendo el argumento, que se hace

por

por parte de Pogio, al num. 7. si de los Esponsales entre parientes *perte* se ha de decir lo mismo, que de los Esponsales entre impuberes; si aun qué estos sean jurados es probable, que se pueden separar de ellos, llegando à la pubertad: tambien los de los parientes, aunque sean jurados, no seràn obligatorios, hasta que *post obtentam dispensationem* presten nuevo consentimiento.

§. II.

3. CONociendo la parte de Don Juan Pogio la debilidad de los Esponsales de Doña Ana, aunque jurados, antes de la pubertad, hizo ratificarlos despues de cumplidos los doce años; para que la noticia de la fundacion de este Vinculo, y condicion de su llamamiento, no imbitasse à Doña Ana à cumplirla para suceder en èl; y que este fuesse uno de los motivos de esta ratificasion, se comprueba con la Fè de baptismo de Doña Ana, fol. 113. buelta donde consta, nassiò el dia 26. de Marzo, y se baptizò en 9. de Abril de 1710. y cumpliò los 12. años el dia 26. ò 27. de Marzo de 1722. y hasta el dia 9. de Abril podia haver alguna duda, en si havia cumplido, ò no los 12. años; pero como no se otorgò la fundacion de este Vinculo hasta el dia 10. por esso hasta el dia 11. no se ratificaron los Esponsales. Compruebase mas, con que no necessitaban los Esponsales, por razon de la impubertad, para ser firmes, que se ratificassen *adveniente pubertate*; pues bastaba que no se reclamassen: como funda Don Juan Pogio al num. 11. Luego la ratificacion se hizo, para que Doña Ana con la notisia de la fundacion, otorgada el dia antes, no aceptasse su llamamiento, ni efectuasse el casamiento tratado con Barcarcel. Infieresse de esto tambien la poca seguridad, que Don Juan Pogio tenia, de poder obligar à Doña Ana en justicia, al cumplimiento de los Esponsales jurados, contrahidos en la impubertad, y aunque quizo darles mas fuerza con la ratificacion, como la nulidad, que tenian por el parentesco, subsistia; quedaron tan nulos, y nada obligatorios como antes.

4. Y aunque para darles validacion, y adaptar à su favor la doctrina de Luc. de dote disc. 78. y 79. recurre à que quando se hizo saber la fundacion à Doña Ana, yà estaba obtenida la dispensa, y tres dias antes presentada ante el Ordinario de Canaria; no consta, que este huviesse despachado mandamiento *de exequendo*, ni que concurriessen las demàs circunstan-

tancias, de que infiere Luca el nuevo consentimiento, en el caso que habla. Ni podia en el termino de tres dias, haverse hecho la justificacion de la narrativa, y preses de la dispensa, y recebidole su declaracion à Doña Ana, para que era preciso haver passado à la Isla de la Palma; y todo esto havia de preceder, para despachar el mandamiento de *Exequendo.* Y esta es la razon de disparidad, que hai de nuestro caso à el de Luca: y por consiguiente nos es favorable su doctrina; porque si de sus palabras, trasladadas al num. 11. por Don Juan Pogio, se conoce, que la razon de desidir, y el fundamento para inferir el nuevo consentimiento, *post obtentam dispensationem*, no era solo estar presentada esta ante el Ordinario; sino que yà este havia despachado el decreto de Exequendo: para que havia de haver precedido la verificacion de la narrativa, y exploracion de las voluntades de los Contrayentes; y aun se havia pasado yà à la mutua remisión de Donas, y Joyas: faltando todo esto en nuestro caso, y no verificandose acto alguno de Doña Ana, que induzga nuevo consentimiento, falta la razon de desidir à favor de sus llamados Esponsales, y todas las de condessencia, y politica que se ponderan à los num. 10. y 12. por Don Juan Pogio. Y el hecho de permanecer Doña Ana en el deposito, no era acto voluntario; pues no lo podia quebrantar, licita, y honestamente ex leg. filius citada por Don Juan Pogio al num. 9. con la concordante de partida; luego quando tubo Doña Ana la noticia de la fundasion, estaba en tiempo de elegir, y de liberar, efectuar el matrimonio tratado con Balcarcel. Y por lo mismo que la salida de su casa, havia sido tan ruidosa, como de contrario se pondera al num. 10. tan indesente, y de mal exemplo como al num. 28. de el primer Memorial està fundado; tenia motivos justos, y desentes, para no assentir à el casamiento con Pogio, y efectuar el de Balcarcel: que por las sircunstancias de tratado por su madre, dispuesto por su padre, y de el gusto de su Tia, le era mas desente, y daba publica satisfaccion, de lo que por su corta edad, y mal aconsexada havia executado.

PUNTO II.

5. EN el num. 20. se niega por Don Juan Pogio; que Don Andrès de Balcarcel, su Suegro, dexasse encargado à su muger, y à su hermana, solisitassen casar à Doña Ana con

con Varon de su misma familia; y lo voluntario de esta negativa, como lo veridico de nuestro Memorial num. 1. se halla comprobado à los fol. 158. y 161. de los Autos con Testigos Religiosos Sacerdotes, y de otras circunstancias apreciables, que lo deponen à la 3. pregunta. Compruebase tambien con las Cartas fol. 152. buelta, y siguientes, cuya certeza, y de su contexto, deponen en la misma pregunta 3. muchos Testigos, fol. 160. 162. 164. 161. 166. 167. 187. y en la quarta pregunta otro de hecho proprio, y de mayor exepcion, fol. 169. con que se acredita, que el casamiento de Doña Ana con Don Joseph Balcarcel no se tratò, para estorvar el de Pogio; pues antes mucho estaba tratado por su Madre, y Tia, que Doña Ana saliesse de su casa, y en fuerza de el encargo de Don Andrès su Padre, y aun antes se havia propuesto con otro Varon de la misma familia. Convenciendose el argumento, que se hace por parte de Pogio, con el instrumento de el fol. 44. con el mismo à el fol. 45. buelta *ibi: Todo lo qual, que aqui dispongo, es conforme à la voluntad de Doña Ana Balcarcel, y Lugo, mi Tia, sin que pueda hacer, obrar, ni disponer otra cosa, porque fuera faltar à su disposicion, y variar de lo que expressamente me comunicò.* De cuyas palabras se conoce el ningun arbitrio, que tuvo Don Andrès de Balcarcel, para llamar despues de su descendencia, y de la de su hermana, à otros parientes.

6. De esto se evidencia, ser incierto, que el fin de las diligencias, que hizo Doña Isabèl de Escovar ante el Juez Eclesiastico, que constan de el Testimonio fol. 120. fuesse embarazar el matrimonio de Doña Ana con Don Juan Pogio, y solo se dirigieron, à que se efectuasse el tratado casamiento con Don Joseph de Balcarcel, à que estaba obligada Doña Isabèl, assi porque tuviesse efecto la voluntad de su marido, como por cumplir lo que ella havia tratado; y sin razon se calumnia de temerario, è inhonesto en los num. 19. y siguientes de el Memorial de Pogio; porque aunque este se vocèa mas rico, que Balcarcel, y lo articulò à la 6. pregunta de su interrogatorio, sus Testigos 1. 3. 4. 11. no lo afirman, y solo el 2. lo depone, y compensada esta probanza, con la de Balcarcel, en la pregunta 16. de su interrogatorio, tenemos otro Testigo, que afirma ser Balcarcel mas rico, que Pogio; y otros que deponen, gozar Balcarcel un quantioso Vinculo en Tenerife, y en las demàs circunstancias, ninguna ventaja tienen las de

Pogio à las de Balcarcel; y este excede, en ser de la familia de la Fundadora, como contra producentem lo deponen los Testigos de Pogio à los fol. 63. 66. y 67. pregunta 10. Por lo que con passion se dice por su parte, que intentò Doña Isabèl de Escovar, dàr casamiento menos conveniente à su hija.

7. Y teniendo justificado Balcarcel, ser de familia mui ilustre à la pregunta 16. de su interrogatorio, bastaba, para que se huviessen omitido las palabras de Luc. de testam. disc. 73. num. 39. por impropias de este caso. Y à las que tambien se transcriben sacadas de los num. 32. y 33. se satisfasse, con las que dixo el mismo Luc. de fideic. disc. 44. num. 21. hablando *insensu veritatis. Omnino veriorem videri primam opinionem, ut scilicet indubio melior, seu honestus finis præsumidebeat, non autem alterum irrationabile motiuum impediendi matrimonium, quod sine alio fine honesto sapere videtur speciem bestialitatis, & continere delictum, indubio non præsumendum: justa ea quæ habemus infra disc. 64. cum plurib. seq. in proposito exclusionis profitentium Religionem, seu eligentium vitam Ecclesiasticam, quod si constaret, id ita dispositùm esse in odium Religionis, adsque dubio remaneret in fecta, & pro non scripta, secus autem si ex rationabili motivo conservandi agnationem, & posteritatem, quod motiuum etiam non expressum in dubio magis præsumendum est.*

8. Tenemos en el proemio de la fundacion expresso el fin ibi: *Por quanto para la mayor perpetuidad, y conservacion de las casas conocidas, he estado siempre con la determinacion de vincular toda mi legitima paterna, y materna, y lo demàs agregado à ella, &c.* Y tambien en el llamamiento de Doña Ana està expressado el fin de la condicion de casar con Balcarcel ibi: *Porque mi animo, y voluntad siempre ha sido, y es, que la dicha mi Sobrina case con Deudo mio, para que se perpetue, y mantenga su casa, &c.* Todo esto, no solo es honesto, sino laudable, como à los num. 22. y 29. de el primero Memorial està fundado: con que no hai razon prudente, para atribuir à otro fin la fundacion, y el llamamiento de Doña Ana, con la condicion de casar con Balcarcel; y en caso de no hacerlo, excluirla, por no poderse conseguir el fin de la conservacion de la casa de la Fundadora, sucediendo Doña Ana en el Vinculo, casada con Varon de otra familia; por lo que dixo Barb. Verb. jur. appel. 94. num. 27. y siguientes: *Filia nupta non est de familia testatoris, sed per nuptias desinit esse de illa, quia nubendo, familiæ patris imponit finem, & dicitur illam extinguere, & nubendo non*

potest

poteſt conſervare agnationem patris, imo nec dicitur de cognomine paterno. Y ſolo limita eſto à el num. 32. *quando fœmina nupta fuiſet alicui de familia, nam ſatis diceretur conſervaſe familiam, & agnationem.*

9. Y como era eſte el fin, à todas las Hembras, que ſegun llamamientos podian ſuceder en eſte Vinculo, les impuſo la Fundadora la miſma condicion, que à Doña Ana; con que no hai fundamento alguno para atribuir la condicion, y excluſion de eſta, à el fin que ſe ſupone por Don Juan Pogio, para aplicarle las palabras de Luc. que repite à el num. 22. ſin hacerſe cargo de que no ſon aplicables à eſte caſo *ex factis ſircunſtantiis*; por lo que dixo el miſmo Luc. in tract. conflict. leg. & rat. obſer. 81. *ibi: In dubio ubi finis vel ratio expreſſa non ſit, magis receptum eſt, & merito, ut bonus finis præſumi debeat omnem poſſibilem capiendo intelectum pro excluſione criminis non præſumendi, quondo ad alium licitum, & honeſtum finem actus eſt referibilis.* Lo que con mayor razon procede en nueſtro caſo, en que eſtà expreſſo el fin honeſto, y laudable de la Fundadora. Ni eſte ſe fruſtra con la suceſsion de Balcarcel en el Vinculo, por no ſer deſcendiente de la Fundadora, ni de ſu Hermano, como por parte de Pogio ſe dice à los num. 22. y 35. porque no ſolo en los deſcendientes, ſino en los tranſverſales, aunque ſean remotos, ſe conſerva la familia, y caſa Barb. ubi ſup. num. 6.

10. No diſuaden eſte honeſto, y loable fin las ſircunſtancias de el tiempo, en que ſe hizo la fundacion, y ſe notificò à Doña Ana, ſobre que deſde el num. 20. haſta el 25. ſe hacen reflexiones por parte de Don Juan Pogio; ſuponiendo para ellas, que la fundacion ſe ocultò, haſta que obtuvo la diſpenſa de el Parenteſco de Conſaguinidad. Lo que ſe falſifica con el interrogatorio fol. 121. en las preguntas 9. y 13. En que ſe articulò eſtàr Doña Ana llamada à eſte Vinculo con la condicion de caſar con Balcarcel, y la informacion que ſe hizo con eſte interrogatorio, ſe empezò el dia 21. de Abril de 1722. y yà los Teſtigos tenian noticia de la fundacion, ſus condiciones, y llamamientos: Con que mal ſe podia ocultar, lo que à los diez dias ſe halla publicado en Autos, y diligencias judiciales, y antes lo ſabian muchas Perſonas, y aun todo el Pueblo: porque ſu cortedad no permite ocultacion aun de las coſas mas ſigiloſas.

11. Y por conſiguiente, ni Don Juan Pogio, ni Doña Ana pudieron ignorarla; pero como no era el fin embarazar

razar el casamiento de Don Juan Pogio, ni amedrentar à Doña Ana para que desistiesse de èl, y hasta que llegò la Dispensa, no podia prestar consentimiento, que le obligasse à casar con Don Juan Pogio; por esto se notificò la Fundacion, quando llegaba yà el caso, de poder Doña Ana consentir, ò no en el casamiento: para que ademàs de la noticia extra-judicial que yà tenia, tubiesse la judicial de la fundacion, y sus condiciones, y el fin honesto à que todo se dirigia; y que conociesse el deliberado animo de su Tia Doña Beatriz, de excluirla en caso de no efectuar el casamiento con Balcarcel; y que aunque havian passado ocho meses desde el otorgamiento de la Fundacion, permanecia en Doña Beatriz, sin novedad, el animo, y fin en ella expressado, y que no era amago, ni amenaza, sino disposicion firme, y deliberada.

12. Confirmase esto con los actos, que despues hizo la Fundadora, expressados en el primero Memorial, num. 15. y 16. y con la probanza de Don Juan Pogio, en la pregunta 13. de su interrogatorio, fol. 239. y en la segunda de el de añadidas, fol. 243. pues ninguno de sus Testigos afirma, que Doña Beatriz comunicasse à su Sobrina, ni en publico, ni en secreto, despues que se casò; y antes si està probado por Don Joseph de Balcarcel à los fol. 182. 184. 188. à la 8. pregunta, que Don Juan Pogio, y su muger solicitaron repetidas veces, comunicarse con Doña Beatriz, y no lo pudieron conseguir. Contextando Don Juan Pogio en su declaracion, fol. 135. en que nunca tratò, ni comunicò à la Fundadora despues de su casamiento; y aunque dice, que su muger la comunicaba en las Iglesias, no huvo Testigo, que lo depusiesse en este Pleito, y en otro, que se ha seguido sobre la nulidad de el Testamento de Doña Beatriz, de que hai Testimonio en estos Autos; solo se halla à el fol. 278. inserta la deposicion de una Sirviente de Doña Ana, que dixo, *havria quatro años, que un dia Jueves Santo, estando en la Parroquial de aquella Ciudad Doña Beatriz, llegò à hablarla Doña Ana, y que estuvieron mucho tiempo hablando, y que no oyò lo que dixeron.* Y aunque tambien dixo Don Juan Pogio en su declaracion, *que no permitiò à su muger, fuesse à la casa de su Tia, por que no se encontrasse con Balcarcel*, y confiessa, que este estuvo ausente de aquella Isla, en cuyo tiempo tampoco se comunicaron Doña Ana, y Doña Beatriz, se acredita, que ni lo pudo estorvar Balcarcel, que estaba ausente, ni havia riesgo de encontrarse con èl.

13. To-

15. Todo esto excluye la docilidad de genio de Doña Beatriz, Fundadora, y la subordinacion, que se supone tuvo siempre à su Cuñada, à Don Matheo de la Cruz, Beneficiado, y Don Joseph de Balcarcel: pues hallandose libre de todos estos, porque el Beneficiado muriò el año de 724. Doña Beatriz se separò de su Cuñada en el año de 725. Como se dice à el num. 27. por Don Juan Pogio, y Don Joseph de Balcarcel se ausentò de aquella Isla, en cuyo tiempo no se ha justificado acto alguno de Doña Beatriz contrario à la observancia de la fundacion, ni en los demàs instrumentos, que despues otorgò, hai de donde inferir, que el animo de Doña Beatriz fuesse, hacer la fundacion por amigo, ni para amedrentar à Doña Ana. Ni menos hai motivo para creer, que Doña Beatriz sin voluntad plenamente libre, hizo la fundacion, y otorgò los demàs instrumentos, como se dice à el num. 28. por Don Juan Pogio, à quien le convense su misma probanza en la pregunta 12. de su interrogatorio. Y siendo uno de sus Testigos Doña Isabèl de Escovar su Suegra, afirma contra producentem à el fol. 254. *que en el tiempo que viviò con Doña Beatriz, y despues que se separò de esta, no viò, ni supo, que la dominasse Balcarcel.* Y este tiene probado à las preguntas 11. y 12. de su interrogatorio, la subordinacion, y respecto, que tenia à Doña Beatriz, de quien no pudo conseguir, que como Patrona de una Capellania, nombrasse à quien èl le proponia, como à el fol. 189. està justificado: por lo que es preciso confessar, y creer, que quanto executò Doña Beatriz fue de su libre voluntad.

14. Y no es adaptable à este caso, el discurso de Luca, que cita Don Juan Pogio à el num. 28. que por el caso que refiere, y palabras que inserta, se conoce ser èl disc. 43. de legat. y que por equivocacion se citò el 42. y à el num. 10. dice Luc. *Quod magna diferencia sit inter casum, inquo ista esset unica dispositio, cui ab initio hujus modi conditio inesset tanquam nativa, & in ipso sui origine incita, cum tunc probabiliter dubitari posset, ut istius conditionis implementum fuisset primarium in intentione testatoris, adque dispositionis causa finalis, vel saltem principaliter impulsiva; & casum controversiæ, inquo constabat, quod dispositio in sui origine erat pura, & principaliter ordinata erga pium opus, non solum ex legis generali præsunsione, sed ex dictis pacticularibus facti circunstantiis idnimium probabiliter suadentibus.* Y continua con las palabras *Onus autem,*

tem, &c. Trasladadas en el Memorial de Pogio, omitiendo las antecedentes; porque de ellas se evidencia, que en aquel caso, sobre que escribiò Luca, la condicion, y gravamen, aunque à favor de un Pariente, no havia sido puesta en la principal disposicion, sino añadida en un codicilo. Y en nuestro caso la condicion se puso en el origen de la fundacion, y llamamiento de Doña Ana, y no en los instrumentos, despues otorgados por la Fundadora. Cuyo Testamento, aunque otorgado poco antes, que muriesse, no tiene sospecha alguña de involuntario; y antes si, despues de un largo litigio, que ha seguido Don Juan Pogio, sobre que se declare por nulo, se ha declarado por valido en la Real Audiencia de Canaria. Como consta de Testimonio presentado en esta instancia de revista.

15. Notanse por Don Juan Pogio à el num. 26. dos cosas; la primera, que no otorgò la Fundadora instrumento alguno, en que declarasse directamente la contravension de Doña Ana, y por primer Sucessor à Don Joseph de Balcarcel; y estando esto claramente dispuesto en la fundacion, no huvo necessidad de nuevo instrumento. La segunda, que en el otorgado en 26. de Enero de 723. à vista de la contravension de Doña Ana, se dice, que si sucediesse en el Vinculo D. Joseph, no tuviesse obligacion de vivir en aquella Isla, y no lo declara por primer Sucessor: y estando esto declarado en la fundacion, en el caso de la contravension de Doña Ana, *ibi, y de no llevar à debido efecto la dicha Doña Ana Beatriz de Balcarcel, mi Sobrina, este casamiento contratado por la dicha su madre, y Tutora, con el dicho D. Joseph Nicolàs, desde luego la excluyò de este Vinculo, y à todas su sucession, como si tal nombrada, y llamada no fuera: y en su Lugar nombrò desde luego, para quando llegue el caso de mi fallecimiento, en primero lugar, à el dicho Don Joseph Nicolàs de Balcarcel.* No huvo necessidad de hacer sobre ello nueva declaracion. Y como pudo morir Don Joseph antes de la Fundadora, previniendo esto en el referido instrumento, dixo, *que si sucediesse.*

16. Y no fue ocioso el nombramiento de Patrono de la Capellania, ni contrario à la fundacion de el Vinculo; porque en ella no se hizo expression de este derecho; y aunque la Fundadora lo contemplò incluido en la Vinculacion, para que sin duda lo quedasse, fue preciso este instrumento, en el que, à consequencia de ser el primer Sucessor en el

Vin-

Vinculo Balcarcel, se nombrò por Sucessor en el Patronato. Y retorciendo el argumento de Don Juan Pogio en los num. 26. y 27. si porque Doña Beatriz no otorgò instrumento, en que directamente declarasse la contrausion, y por primer Sucessor à Don Joseph, no tiene por bastante la declaracion, que resulta de estos dos instrumentos, y de el poder, y Testamento: Hallandose Don Juan Pogio, y su Muger sin instrumento alguno, en que directa, in indirectamente declarasse, Doña Beatriz, que Doña Ana, sin embargo de la contravencion, havia de suceder en el Vinculo; ni hizo otro acto alguno, que pueda persuadir à esto; de donde se ha de inferir, que fuesse esta su voluntad? Y teniendo en contra la fundacion Doña Ana, y à su favor Don Joseph, mayor necessidad havia de declarar, lo que era contra lo expresso de la fundacion, que lo que yà por esta estaba declarado. Y si fuesse cierto, que Doña Beatriz voceasse, que sin embargo de la fundacion, sus bienes havian de ser para su Sobrina, como à los num. 24. y 28. expressa Don Juan Pogio, por lo mismo se hacia mas preciso, que huviesse otorgado la Fundadora instrumento, declarandolo asi: y no haviendo hecho sino lo contrario, queda convencida la probanza de Don Juan Pogio, además de est r contrarrestada, con la hecha por Balcarcel en las preguntas 5. y 13. y en la hecha en el pleito, sobre la nulidad de el Testamento, de que hai Testimonio à el fol. 199.

17. Asi como es principio de el §. 10. *inst. de heredib. instit.* que la condicion imposible, puesta en los legados, è instituciones de heredero, se tiene por no escrita; es tambien principio del §. 11. *instit. de inutilib. stipul.* que la condicion imposible, puesta en los contratos, los vicia, y anula: de cuyos principios sale la distincion, que comunmente traen los Authores, expressada en el primero Memorial à el n. 17. y en el de Don Juan Pogio à el num. 30. con la qual se desvanece la limitacion, en que quiere poner este caso à el n. 14. Y las leyes de partida, que cita en este numero, y en el siguiente, hablan de las condiciones puestas en los Testamentos, y por esso, siendo imposibles, aunque no se cumplan, vale la institucion, y legado. Y las doctrinas citadas en estos numeros, y en los siguientes, proceden en los terminos de legados, y otras disposiciones hechas en Testamento, y ultima voluntad; sin citarse alguna, que en terminos de

con-

contrato dè por cumplida, ò por no escrita la condicion, por ser impossible, torpe, ò inhonesta.

18. Contentandose con decir, à el num. 29. que por haverse hecho la fundacion, para despues de los dias de Doña Beatriz, aunque con el pacto de irrevocabilidad, sin perder la essencia de ultima disposicion, quedò irrevocable: cosa bien singular; porque ni se puede dàr ultima disposicion irrevocable, in donacion, *causa mortis*, con pacto de irrevocabilidad, pues por este pierde la naturaleza de donacion, *causa mortis*, y passa à donacion *intervivos*. Es principio de la *l. ubi ita donatur ff. de mort. causa donat.* Exornado por *D. Molina de Primog. lib. 4. cap. 2. desde el num. 45. hasta el 54. D. Cast. tom. 5. controv. in addit. cap.* 80. En donde fundan, que aunque la clausula de irrevocabilidad estè en lo ultimo de el instrumento, comprehende toda la disposicion, y queda esta irrevocable.

19. Y no teniendo la fundacion de este Vinculo clausula alguna, de donde se deduzga ser donacion, *causa mortis*, y esta *in dubio non præsumitur*, aunque *factasit mentio mortis in ea*: y la debe probar el que la alega, segun *Masc. Conc. 562. num. 16.* porque *mentio mortis facta permodum dilationis in verbis innuentibus executionem, & non in verbis significantibus donationem.* No la hace donacion, *causa mortis*, Masc. ubi supra num. 32. y 33. Y si esto procede, *incasu dubio*, con mayor razon procederà, quando ay el pacto, y clausula de no revocarla, que quita toda duda, de ser donacion inter vivos ex *dict. leg. ubi ita donatur.* Luego no se puede contemplar la fundacion de este Vinculo, ultima disposicion, ni donacion, *causa mortis.* Y por consiguiente, la condicion puesta en el llamamiento de Doña Ana, aunque fuesse torpe, ò impossible, por naturaleza, ò por derecho, no se puede dàr por no puesta, y por cumplida; y solo si obraria el efecto, de viciar el llamamiento de Doña Ana, como al num. 17. de el primer Memorial està fundado. Sin que trancendiesse este vicio, à el llamamiento de Don Joseph *quia inutile per inutile non viciatur.* Ex cap. 37. de regul. jur. in 6. *maxime in separabilibus*, como son los llamamientos, y sustituciones.

20. Valese Don Juan Pogio à el num. 31. de las leyes de el tit. 4. part. 6. para convencer con sus exemplos la distincion, que à el n. 18. de el primer Memorial se hizo con las mismas leyes; y registradas estas, en la 3. se hallarà, que ha-

habla de las condiciones impoſsibles por naturaleza, ò por derecho, en que ſe comprehenden todas las que ſon contra honeſtidad, piedad, buenas coſtumbres, y derecho natural: pero no *las que ſon moralmente impoſsibles atentas las ſircunſtanſias*; pues eſtas por la l. 4. ſon de contraria naturaleza à las otras: y aſsi las primeras no vician la diſpoſicion teſtamentaria, y las ultimas, que ſon impoſsibles de hecho, vician la diſpoſicion, y el Heredero no havrà la herencia, porque no cumpliò la condicion, ſin que le excuſe ſu impoſsibilidad. Conque, aun quando eſtuvieſſemos en caſo de fundacion hecha en Teſtamento, no podia aprovechar à Doña Ana la impoſsibilidad, que dice tenia por los Eſponſales anteriores con Don Juan Pogio, para cumplir la condicion de ſu llamamiento.

21. Y mucho menos le puede aprovechar ſu impoſsibilidad à Doña Ana, hallandonos en fundacion, hecha por contrato entre vivos: y aſsi no ſon adaptables à nueſtro caſo las doctrinas de D. Caſtillo lib. 4. cap. 25. Luca diſc. 72. de teſtam. que hablan en terminos de ultima voluntad, y en que la condicion de caſar dentro de tal tiempo, en cuyos terminos habla D. Caſt. era *ex ſe* impoſsible. Por que la legataria contra *bonos mores*, y contra honeſtidad, no podia, teniendo padre, por ſi efectuar caſamiento. Y en el caſo de Luca, la impoſsibilidad no eſtaba ſolo en la Diſpenſa de la bigamia, ſino tambien de los interſticios, que no era impedimento, pueſto por el Heredero, ſino por derecho. Y la vacante de la Santa Sede, que acaeciò, fue impedimento para obtener la Diſpenſa. Y el caſo que ſe figura de el legado aun Sacerdote con condicion de caſarſe, nadie puede dudar, que *ex ſe* era una condicion torpe, è impoſsible, y nada adaptable à nueſtro caſo.

22. Queriendo Don Juan Pogio eſcuſar à Doña Ana de cumplir la condicion en ſu llamamiento, por haver ſido la fundacion poſterior à los primeros Eſponſales: para evadir, lo que contra eſto eſtà fundado à el num. 19. y ſiguientes de el primer Memorial, ſupone à el num. 33. de el ſuyo, que Rojas, y Aguila hablan en caſo, que la fundacion es anterior à el caſamiento de el llamado, y eſto ſe falſifica con las palabras de Rojas à el num. 15. *ibi nec ei ſucceſori prodeſt, ſi aleget, quod ſi tempore quo matrimonium contraxit, ſciviſet, aut præſumere potuiſſet, illam inſtitutionem ac vocationem*

ſub dicta conditione, quæ poſtea ſuper venit. Tambien dice la parte de Don Juan Pogio, que hablan los addentes de Rojas *in majoratu, inquo ſint excluſæ, feminæ, & vocatæ dum in familia nubant*, y eſto miſmo le ſucede à Doña Ana, que no ſolo eſtà llamada con la condicion de caſar con Don Joſeph, ſino en casò de no, deſde luego excluida. Y la razon de diverſidad, que quiere dàrſe de nueſtro caſo, à el que conceptuò Aguila, no la hai: porque llevamos probado à el num. *6.* que Balcarcel es de la familia de la Fundadora, y à el num. *9.* que aunque eſtè engrado remoto de parenteſco, no le obſta, para conſervar la familia, y que à eſte fin ſe valiò la Fundadora de èl.

23 Y la diverſidad, que ſe figura, de no haver llamado la Fundadora à Don Joſeph con la condicion de caſar con Doña Ana, ſino à el contrario, para perſuadir, que no quiſo, dexaſe de ſuceder Doña Ana, aunque no cumplieſſe la condicion; no ſe prueba con la doctrina de D. Molina num. 13. de ſus annotaciones, donde limita la doctrina, que diò lib. 2. cap. 13. num. 26. y 27. en dos caſes; *primo, quando is, qui ſub hac conditione vocatus fuit, erat extraneus fœmina ex familia inſtituris. Secundo, quando fœmina erat vocata ſub ea conditione, ut maſculo agnato nuberet, idque ad conſervandam agnationem factum fuit.* De eſtos dos caſos, el primero no es adaptable à el nueſtro, porque Don Joſeph de Balcarcel no era eſtraño para la Fundadora, pues eſta lo tuvo por ſu pariente, y de ſu miſma familia, y caſa, como en la realidad lo es. Con que aunque lo llamaſſe con condicion de caſar con Doña Ana, no ſe infiere, que quiſiera la Fundadora no ſucedieſſe, no cumpliendo la condicion: y antes ſi ſe infiere lo contrario.

24. El ſegundo caſo es terminante à el nueſtro, en que fue llamàda Doña Ana, con condicion de caſar con Balcarcel, ſu deudo, y pariente, para conſervar ſu caſa, y de la Fundadora; luego ſi la doctrina de D. Molina lib. 2. cap. 13. num. 26. ſe ha de limitar en eſte caſo, es evidente, que no puede ſuceder Doña Ana, haviendo faltado acumplir la condicion. Compruebaſe, en los terminos que habla D. Molina dict. lib. 2. cap. 13. num. 19. es, de Mayorazgo fundado por contrato irrevocable, y reſuelve, que no ſe tiene por cumplida la condicion, *etiam ſi ex impedimento illius mulieris cum qua majoratus ſuceſor contrahere aſtrictus erat, deficiat.* Y eſto

lo

lo quisieron limitar algunos *ex disponentis præsumpta voluntate,* y solo lo admite, quando el Fundador llamò à sus parientes varones *pro agnationis, seu propriæ familiæ conservatione*, y les puso condicion de casar con hembra de la misma familia, que es en los terminos, que habla à el num. 26. Y para explicar, que esto solo se entiende quando la condicion es puesta à los varones, y no quando las hembras son las llamadas con la misma condicion, puso en las adnotaciones esta limitacion, que comprueba la distincion que fundamos num. 24. y 25. del 1. Memorial. Y por consiguiente nada aprovecha à Doña Ana lo que sobre esto escribiò D. Molina.

25. No hallando la parte de Don Juan Pogio razon, ni opinion probable, en que fundar, que no sea licita, y valida la condicion de casar con consanguineo, recurre à el Consejo de D. Molin. lib. 2. cap. 13. num. 12. cuyas palabras traslada à el num. 36. y ellas mismas comprueban, que *jure & absque controvertia permisum sit*: Luego si Doña Beatriz, fundadora de este Vinculo, usando de lo que el derecho le permite, puso la condicion à Doña Ana de casar con Don Joseph de Balcarcel, à fin de conservar la memoria, y nombre de su casa; y por ser esta la causa final, la excluyò, en caso de no efectuar el casamiento tratado con Don Joseph, como ò porque ha de suceder Doña Ana, no haviendo cumplido la condicion.

PUNTO III.

26. EN este punto, que dice la parte de Don Juan Pogio, ser el critico de el caso, procede, para fundar la resolucion à favor de Doña Ana, con la cautela, de valerse de la primera parte de la clausula de la fundacion, dexando la segunda, y con esta se satisfacen los fundamentos, que à favor de Doña Ana se proponen; pues no hallandonos en el caso de la primera parte de la disposicion, y clausula, sino en el de la segunda, segun esta se ha de buscar el primer llamado, para darle la possession Real de el Vinculo, y sus bienes, *à el que segun la disposicion de el Mayorazgo debiere suceder en èl*, y por la l. 45. de Toro se le ha transferido la possession civil, y natural. Y pues, no de una parte de la disposicion, sino de toda ella, se ha de sacar, quien, segun la voluntad de la Fundadora, es el primer llamado, si la Funda-

dora

dora previno dos casos; el primero, ni se ha verificado, ni puede verificarse, y el segundo es, en el que estamos, para ir consiguientes con la voluntad de la Fundadora, y su disposicion, es preciso, en este segundo caso confessar, que el primer llamado es Don Joseph de Balcarcel, y Doña Ana totalmente excluida, sin esperanza de suceder, como al num. 37. de el primer Memorial esta fundado. Y quedan elididos los fundamentos, con que la parte de Don Juan Pogio resuelve à favor de su muger, la duda de este punto, suponiendola primera llamada, hasta que por executoria en juicio competente se declare, estàr excluida.

27. Y haciendole fuerza, lo que al num. 34. del primer Memorial tenemos fundado; para elidirlo, dice, es accidental la diversidad, de estàr, ò no, el que contravino à la condicion, en possession de el Vinculo. Lo que se excluye desde luego con la doctrina que trae Rox. de incomp. part. 3. cap. 1. num. 51. de que se harà expression despues. A la reflexion con que la parte de Juan Pogio quiere comprobar su discurso, aunque se le conceda la mayor, no se puede passar la menor, por el *perte* que le pone; pues registrado el n. 34. de el primer Memorial, de donde parece la deduce, se hallarà, que està limitada, quando es cierta la contravension, y quando de esta consta incontinenti, que uno, y otro se verifica en el caso de este pleito. Y se comprueba con la misma razon de concluir, que dà la parte de Pogio: pues si de causa incierta no puede nacer efecto cierto, y por consiguiente siendo la contravension dudosa, ni se puede excluir al Posseedor de la possession, ni à el llamado de el ingresso en ella; siendo cierta, y justificada incontinenti la contravension, como causa cierta deberà producir el efecto cierto, de excluir à el Posseedor de la possession, y à el llamado de el ingresso en ella. Lo que confirma la doctrina de Pax. de tenut. cap. 34. num. 41. con que alienta su discurso la parte de Don Juan Pogio.

28. Y retorciendole el argumento. Si de causa dudosa no puede salir efecto cierto, como quiere sacar por efecto cierto, la sucession de su muger en este Vinculo, de causa tan dudosa como la que propone en el segundo punto, en que para elidir lo literal de la fundacion, intenta, como dice al num. 14. poner este caso en la limitacion de condicion torpe, in honesta, impossible, y puesta solo por amago, y no

para

para que surtiesse el efecto, que expressa la misma fundacion. Y siendo esta la ley, y regla, y estando à favor de Don Joseph Balcarcel, dice este con *Anchar. Cons. 223. citado por Barb. axiom. 298. num. 3. damihi textum hoc dicentem*, esto es, *damè declaracion de la Fundadora, en que diga fue amago, y para impedir el matrimonio con Don Juan Pogio*, y sino *indubio inhærendum est regulæ, & qui eam habet, pro se habet intentionem fundatam Barb. ubi supra num. 1. y 2.*

29. Aun tiene mas fuerza el argumento, haciendo practico el pensamiento. Dice Don Juan Pogio, que de mandarse poner en possession à Don Joseph, resulta declarar, que Doña Ana contravino à la condicion de su llamamiento. Y que la contravencion es cierta, no admite duda in facto nec in jure *in facto*, porque la misma Doña Ana la confiessa, *in jure*, por lo que tenemos fundado al num. 31. de el primer Memorial. Pues ahora si *perte*, para que la contravencion obste en el juicio possessorio, ha de ser clara, y evidente; y no puede darse caso, en que con mas evidencia conste: pues Doña Ana entra confessando estar casada con Don Juan Pogio: luego le debe obstar en el juicio possessorio. Mas: si contempla Don Juan Pogio implicacion, en que se le mande dàr la possession à Don Joseph Balcarcel, reservando el derecho à Doña Ana para el juicio de propriedad, porque tacitamente era declarar, que Doña Ana quedaba privada por la contravencion. Mayor implicacion havrà, ò por mejor decir, solo la havrà, en mandarle dàr la possession Doña Ana, y reservar à Don Joseph el derecho para el juicio de propriedad.

30. Compruebase: con que, para mandarle dàr la possession à Don Joseph, no es necessario tomar conocimiento de causa, que requiera *altiorem indaginem*; sino solo irse con lo literal de la fundacion, dexando para otro juicio, lo que *altiorem indignationem requiere*, que es todo lo que opone Doña Ana, sobre lo torpe, è imposible de la condicion, y si fue con animo de que se observase, ò solo por amago. Y por el contrario, para darle la possession à Doña Ana, es menester ir contra lo literal de la fundacion, y tacitamente declarar, que aunque Doña Ana contravino à la condicion, por conceptuarse esta torpe, ò imposible, ò puesta solo por amago, no le obsta la contravencion. Y por consiguiente implicatoria la reserva à Don Joseph para otro juicio; porque si en este possessorio se requiere mas notoriedad, y evidencia en las

excep-

exepciones, y en las replicas, para que puedan obstar, y admitirse, que en el juicio de propriedad; admitiendole à Doña Ana en este juicio possessorio, contra la exepcion clara de la contravencion, las replicas de imposibilidad, torpeza, ò falta de voluntad en la Fundadora, de excluirla en el caso de la contravencion, es preciso hacer concepto, de que estas replicas son tan claras, y evidentes, como la contravencion: y por consiguiente no queda que adelantar en otro juicio.

31. Ultimamente, *perte* la causa cierta, que ha de producir el efecto, de mandarse dàr la possesion, es el llamamiento de la fundacion; este en Doña Ana fue condicional: con que solo podrà producir un efecto condicional. Y faltando la condicion, faltarà la causa, y por consiguiente el efecto *ex dictis* num. 31. y 37. de el primer Memorial. Y en Don Joseph Balcarcel el llamamiento de primer Sucessor, en caso de no casarse con èl Doña Ana, que es en el que estamos, es un llamamiento cierto; y como tal ha de producir un efecto igual, y la reserva para otro juicio, no es efecto cierto, sino dudoso: luego mas conforme à reglas, y principios de derecho parece, que se reserve para otro juicio lo que no nace de causa cierta, como no lo es, que fuesse amago, y no voluntad determinada de la Fundadora, que sucediesse Doña Ana, aunque no casase con Don Joseph de Balcarcel. Ni tampoco es causa cierta, que la condicion de casar con Don Joseph de Balcarcel sea torpe, ò imposible, ni que la fundacion de el Vinculo sea hecha en Testamento, ò ultima disposicion, para que pueda dàrse por no escrita la condicion, aunque se considerasse torpe, ò imposible, por lo que tenemos fundado en el primer Memorial, y en este. Y lo confiessa la parte de Pogio al fol. 34. de su Memorial *ibi*: *Nuestro caso es, y consiste, en que haviendola nombrado en primer lugar, le puso el gravamen de casar con Don Joseph, Y SOBRE SI DEBIò, O NO OBEDECERLE, Y PUDO, O NO MANDARLO, ESTA LA QUESTION, Y LA DIFICULTAD.* Con que solo podrà producir el efecto, de reservar todo esto, que requiere *altiorem indaginem* para otro juicio, quedando Don Joseph, como primer llamado, en la possesion de el Vinculo, segun lo literal, y expresso de fundacion, que es à lo que se ha de atender ex leg. 45. de Toro.

32. Por ultimo quiere comprobar Don Juan Pogio su asserto, con Pax de tenut. cap. 30. y para hacer favorables

à Doña Ana las dos opiniones, que funda en este capitulo, se vale de la sutileza, de hacer presente la primera parte de la clausula de la fundacion, sin hacerse cargo de la segunda; y debiendose juzgar por el todo de la disposicion, que es la ley, no le es favorable esta à Doña Ana, sino expressamente contraria, y por consiguiente lo es tambien la primera opinion de Pax, y mucho mas la segunda: porque esta se funda en el llamamiento de la l. 27. de Toro, que quitò à el Fundador de el Vinculo la potestad de excluir, y Doña Beatriz ninguna prohibicion tuvo de excluir à su sobrina Doña Ana: con que no puede esta fundar derecho contra la voluntad de su Tia, por defecto de potestad en esta para excluirla, ni el ser su sobrina unica, à quien havia criado, es bastante, para persuadir, que precisamente la debiò llamar.

33. No satisface la disparidad, que quiere dàr Don Juan Pogio, de el caso en que habla Pax, à este nuestro, en el que Doña Ana, no como olvidada, ò absolutamente excluida, viene contra la fundacion; sino como llamada con un gravamen, el que si debiò, ò no cumplir, y si pudo, ò no imponerlo la Fundadora, se confiessa por parte de Don Juan Pogio, es la question, y la dificultad, y por consiguiente viene à confessar, que es menester vencer, y descidir esta question, para admitir à Doña Ana contra lo literal de la voluntad de su Tia; que siendo esta libre, para llamar à quien quisiesse, è imponerle los gravamenes, y condiciones, que por bien tuviesse, y excluir à quien le pareciesse, conveniente, en nada se assemeja à el caso, en que habla Pax, que es en fundacion de Mayorazgo de tercio, y quinto, en que el Fundador no tiene voluntad libre, para llamar ni excluir, sino sujeta à la disposicion de la ley 27. de Toro, que es la disparidad, que al num. 33. de el primer Memorial tenemos fundada.

34. Y aunque la prohibicion de derecho, para imponer gravamenes, y condiciones torpes, sea cierta, con la distincion de contractos, y ultimas voluntades, que và fundada num. 17. no lo es la aplicacion à este caso: porque la condicion de el llamamiento de Doña Ana por si no es torpe, sino laudable, y solo se quiere, *ex factis sircunstantiis*, persuadir lo inhonesto, è injusto. Y como esto està convencido, *tan ex factis sircunstantiis, quan ex juris dispositione ex dictis*, en el segundo punto, no se le puede aplicar la doctrina de Rojas, de

incomp.

incomp. p. 3. cap. 1. num. 28. de que se vale la parte de Don Juan Pogio, que solo procede *ubi agitur de reprohibita*, y no quando la duda, y question està, como confiessa Don Juan Pogio, si es, ò no *resprohibita*, esto es, *si pudo, ù no mandar la Fundadora lo que mandò.* Y las palabras de Pax detenut. con que concluye la parte de Don Juan Pogio, no son adaptables à este caso, por ser diverso, en el que habla Pax cap. 36. de el nuestro, como en el primero Memorial tenemos fundado à el num. 34. cuya diversidad no es accidental, sino mui substancial: tanto porque aqui no estamos en juicio de tenuta, quanto porque Doña Ana no està en possession actual de el Vinculo, ni lo estaba, quando contravino à la condicion, y se comprueba con Rojas de incompatib. part. 3.cap. 1. num. 51. *ibi*: *Quod procedere debet, sive præceptum, conditio, seu gravamen, cui parere, atque obedire Successor tenebatur, sit in vim condictionis, sive in vim modi; dum tamensit in possessione qua pribari debeat, uti erat noster primus pater Adam.* Con que en los terminos de no estar el contra-ventor en la possession, no se necessita, de que preceda juicio, y sentencia declaratoria de la contravencion, para poner en possession à el que, en el caso de la contravencion, està llamado.

35. Passa la parte de Don Juan Pogio, à querer dàr satisfaccion à los fundamentos, expuestos en el primer Memorial sobre este punto, y para elidirlos dice al fol. 35. que el llamamiento de Doña Ana no fue *rigoroso* condicional, sino modal, ò penal, y para probar que *invim pœnæ* se puso la exclusion de Doña Ana, se vale de *Rojas dict. part. 3. cap. 1. num.* 28. Y las palabras, que se trasuntan, se hallan al n. 27. y de ellas nada se deduce favorable à Doña Ana. Lo primero, porque Rojas, en estos numeros, y en todo el capitulo, và hablando de condiciones, puestas por el Fundador, que han de cumplir los Posseedores de el Vinculo, despues de entrar en su goce. Con el exemplo de Adan, à quien, despues de estar en el Parayso, ò al darle la possession de èl, se le impuso el gravamen, y condicion, de no comer de el Arbol vedado, con pena de privaciòn *in casu contraventionis*: Y de estas condiciones es, de las que D. Molin. dixo, se havian de entender modos, y no condiciones; pero no quando, como en nuestro caso, el gravamen se impone à el Sucessor, excluyendolo como si no fuera llamado, en caso

ſo de no cumplir la condicion, como tenemos fundado al n. 12. de el primer Memorial.

36. Lo ſegundo, porque de los dos caſos que propone *Rojas dict. num.* 27. para conocer, quando la privacion està pueſta *invim conditionis vel modi aut invim pœnæ*, el primero ſe dexa por no adaptable, y ſe vale la parte de Don Juan Pogio de el ſegundo, diciendo ſer puntual à el nueſtro; pero las miſmas palabras denotan la diverſidad: porque uſa de las voces *ademptio*, *y privatio*, y no de la voz *excluſio*, en el concepto de Suceſſor que eſta llamado *purè*, para el ingreſſo en la poſſeſsion *ibi: Pure diſpoſuit hæredem inſtituendo*, y el gravamen que le impuſo fue para deſpues de eſtar en la poſſeſsion, como ſucediò en Adan, y la privacion cae ſobre *jus quæſitum*. Y en nueſtro caſo no es aſsi, pues las palabras de la clauſula de la fundacion no ſon de privacion de derecho adquirido, ſino de excluſion de adquirirlo, ni Doña Ana fue llamada *purè*, ſino *con la condicion de caſar con Balcarcel, llevando à efecto el caſamiento tratado, y ajuſtado por ſu madre. Y de no llevarlo ha debido efecto, la excluyo deſde luego, como ſi llamada no fuera.* En cuyos terminos dice D. Molin. de primog. lib. 2. cap. 12. num. 20. no es llamamiento puro, ni condicion reſolutiva, ſino ſuſpenſiva, y que *in caſu contraventionis ab initio nunquam vocatus cenſendus ſit.* Y concluye con que es contra principios de derecho decir lo contrario.

37. Y los Add. explicando eſto mas, dicen, que en eſte caſo el llamamiento es condicional, y que el defecto de la condicion no obra, privacion en el llamado, *ſed haberi pro non inſtituto*, y proſiguen *fortuis quando præceptum imponitur perdictionem non aliter, quæ ex propia natura eſt ſuſpenſiva*, y eſto tambien ſe verifica en nueſtro caſo, pues las palabras de la clauſula de la fundacion, *y en caſo de no*, equivalen à las *non aliter*; luego ni el llamamiento ſe puede decir modal, ni penal, ni con condicion reſolutiva, ni que la excluſion *eſt juris quæſiti*, ni que, en caſo de no eſtar caſada Doña Ana, quando muriò Doña Beatriz, ſe le debia dàr la poſſeſsion, como ſe dice por parte de Poxio al fol. 36. y la doctrina de Mieres, que cita al fol. 37. procede, en terminos de Poſſeedor, à quien por la contravencion ſe le quiere quitar el Vinculo; como lo manifieſtan las palabras *in*

possessione, possessor, en cuyo caso no estamos. Y con lo que al num. 38. de el primer Memorial està fundado se elide quanto de la condicion resulutiva quiere sacarse à favor Doña Ana.

38. Y lo que por esta se responde al fol. 38. no destruye la distincion, entre el modo, y la condicion resolutiva, ni el como uno, y otro resuelven el acto, y la disposicion. Y lo voluntario, ò involuntario de la contravencion, no impide los efectos de esta, quando de ella se sigue faltar la causa final, como à los num. 20. y 21. de el primer Memorial està fundado. Ni D. Molin. à quien cita Pogio lib. 2. cap. 12. num. 19. trae la distincion de contravencion clara; ò contravencion dudosa, sino la que hai entre la condicion suspensiva, y resolutiva, para en caso de la contravencion lucrar los frutos, interin percebidos, ò no, y esta es la que dice es mui util para muchos casos, pero que para el nuestro nada conduce dice à num. 20.

39. Y buscando la parte de Pogio solucion à el argumento de los num. 32. y 35. de el primer Memorial, contra todo el contexto de el suyo, intenta el persuadir al fol. 37. que la duda de este Pleito estriva, y carga sobre la contravencion à la condicion; queriendola hacer dudosa. Que es lo mismo, que dudar, se cassasse Doña Ana con Don Juan Pogio. Y siendo esto notoriamente cierto, no puede haver duda en la contravencion: y por esso toda la fuerza de la defenza de Doña Ana, ha sido confessando cierta la contravencion, poner este caso en la limitacion de condicion impossible, torpe, ò inhonesta, y que se haya por no puesta, ò que se puso, sin animo de que obrasse el efecto de la exclusion, en el caso de la contravencion. Y que este se ha verificado, està claro, ni en ello, ni sobre ello son las replicas, pues ninguna se encuentra, que se funde, en que Doña Ana no ha contravenido à la condicion, sino en que contravino involuntariamente, que contravino à una condicion torpe, ò inhonesta, y que contravino à una condicion, que no tuvo voluntad la Fundadora de que se cumpliesse. Y todo esto es, replicar, no contra la certeza de la contravencion, sino supuesta esta, oponer qualidades à la condicion, que no ha podido menos la parte de Don Juan Pogio, que confessar las dudosas viendolas comprobadas de inciertas. Y querer con una repli-

replicas dudosas, vencer una exepcion clara, es lo mismo, que intentar, con una exepcion dudosa vencer una accion clara. Y uno, y otro es contra principios de derecho, como en los numeros supra citados de el primer Memorial esta fundado.

PUNTO IIII.

40. NO hallando la parte de Don Juan Pogio ley, ni authoridad, en que fudar, no ser suplicable el Auto de vista, se vale al fol. 39. de la l. 8. tit. 20. lib. 4. recep. que habla de las segunda suplicacion con la fianza de 1500. doblas, en cuyo caso no estamos, y assi no son aplicables à èl las doctrinas, que Don Juan Pogio trae, y solo proceden las que à el n. 39. de el primer Memorial se refieren, especialmente la de D. Molin. de primog. lib. 3. cap. 13. n. 17. y siguientes, que es terminante para nuestro caso, sin que la circunstancia de haver dos sentencias conformes de dos Tribunales superiores, pueda inclinar à dictamen contrario. Salva in omnibus S. C. Sevilla, y Julio 27. de 1739.

Lic. D. Juan de Campo Largo.